AHOLKU BATZORDE JURIDIKOA
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA
EUSKADI

SR. ALCALDE DE ERMUA

El Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, en la sesión del día 21 de marzo de 2019, con la asistencia de los miembros que al margen se expresan, ha examinado su **consulta**, registrada con el nº 22/2019, relativa a la **resolución del contrato de suministro "Renovación de parques infantiles en el municipio de Ermua. Fase II".**

Tras su deliberación, ha emitido por unanimidad el siguiente dictamen. Expresa el parecer de la Comisión, el vocal Sr. Beitia Ruiz de Arbulo.

PRESIDENTE:
D. Sabino Torre Díez.

VICEPRESIDENTE:
D. Xabier Unanue Ortega.

VOCALES:
Dª Mª Teresa Astigarraga Goenaga.
D. Luis Mª Eskubi Juaristi.
D. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo.
Dª Fátima Saiz Ruiz de Loizaga.
D. Ion Gurutz Echave Aranzabal.
D. Iñaki Calonge Crespo.
D.ª Miren Izaskun Iriarte Irureta.

SECRETARIO:
D. Jesús Mª Alonso Quilchano.

DICTAMEN Nº 54/2019

ANTECEDENTES

1. El dictamen solicitado a esta Comisión trae causa del expediente tramitado por el Ayuntamiento de Ermua, referido a la resolución del contrato administrativo que tiene por objeto el suministro y la instalación de nuevos juegos y elementos biosaludables para la renovación de los parques infantiles de Okinzuri, San Lorenzo y La Forja, adjudicado a la empresa Oziona Soluciones de Entretenimiento S.L. (en adelante, Oziona).

2. Mediante Decreto de Alcaldía de 29 de enero de 2019, con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi el 6 de febrero del mismo año, se somete al dictamen de este órgano consultivo, la propuesta de resolución del antedicho contrato.

3. Junto con el citado decreto de Alcaldía, se ha recibido la siguiente documentación:

a) Memoria justificativa del contrato, de 13 de julio de 2018.

b) Decreto de Alcaldía 2031/2018, de 15 de julio de 2018, de incoación del expediente de contratación.

c) Cuadro de características del contrato.

d) Pliego de condiciones técnicas.

e) Pliego de cláusulas administrativas particulares.

f) Planos de situación y emplazamiento de los parques infantiles.

g) Informe de la Asesoría jurídica sobre la contratación, de 3 de agosto de 2018.

h) Informe de fiscalización previa. de 13 de agosto de 2018.

i) Decreto de Alcaldía 2148/2018, de 3 de agosto, de aprobación del Expediente.

j) Decreto de Alcaldía 2149/2018, de 3 de agosto, de composición de la Mesa de Contratación

k) Documento Europeo Único de Contratación (DEUC).

l) Justificante de Correos de la presentación de la proposición por la mercantil Urbabil, el 4 de septiembre de 2018.

m) Proposición económica de la mercantil Urbabil.

n) Justificante del registro del ayuntamiento de la presentación de la proposición de la mercantil Oziona, de 5 de septiembre de 2018.

o) Proposición económica de la mercantil Oziona.

p) Acta de la Mesa de Contratación de propuesta de adjudicación a la mercantil Oziona, de 11 de septiembre de 2018.

q) Requerimiento de documentación a la mercantil Oziona, de 14 de septiembre de 2018.

r) Acuse de notificación de requerimiento de documentación a la mercantil Oziona.

s) Comunicación a la Tesorería municipal acerca de la constitución por la adjudicataria de la garantía definitiva, de 27 de septiembre de 2018.

t) Justificante del registro de entrega por la mercantil Oziona de la documentación requerida, de 27 de septiembre de 2018.

u) Documentación requerida remitida por la mercantil Oziona.

v) Informe de la secretaria de la Mesa de Contratación de calificación documental, de 1 de octubre de 2018.

w) Decreto de Alcaldía 2578/2018, de 2 de octubre de 2018 de adjudicación del contrato a la mercantil Oziona.

x) Acuse de notificación electrónica de adjudicación a Oziona.

y) Notificación de la adjudicación a la empresa no seleccionada, Urbabil.

z) Acuse de notificación electrónica de Urbabil.

aa) Contrato administrativo de suministro de renovación de parques infantiles en el municipio de Ermua Fase II, de 9 de octubre de 2018.

bb) Requerimiento a la empresa contratista de declaración del cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos en el pliego de condiciones técnicas, de 3 de octubre de 2018.

cc) Acuse de notificación electrónica de requerimiento de declaración responsable de cumplimiento de aspectos técnicos a Oziona.

dd) Declaración responsable del representante legal de la empresa Oziona, de cumplimiento de los requisitos técnicos, de 5 de octubre de 2018.

ee) Comunicación de la adjudicación al Servicio de Intervención, de 22 de octubre de 2018.

ff) Comunicación de la adjudicación al área promotora, de 23 de octubre de 2018.

gg) Notificación a la empresa contratista de discrepancias técnicas, de 14 de noviembre de 2018.

> Buenas tardes: sirva esta notificación para reiterarles una vez más el resumen de aquellas discrepancias existentes entre los juegos que su empresa oferta con

respecto a los que se solicitan en el procedimiento de licitación y que inexcusablemente deben proceder a subsanar mediante la presentación de la documentación correspondiente.

PARQUE DE OKINZURI:

Los juegos de muelle solo podrán ser de acero galvanizado, aluminio o inoxidable. El zincado no se admite.

Los anclajes de todos los juegos del parque por medio de chapones galvanizados de 10 mm de espesor y con la superficie suficiente para garantizar la estabilidad de los juegos.

El cartel que se pide para los juegos es de poste de acero y chapa de aluminio impreso de 50 x 30 y NO de acero redondo acabado en acabado en pintura para exterior de poliéster en color.

JUEGOS BIOSALUDABLES:

Falta un módulo de pedalear con respaldo.

Módulo Zig Zag para dedos

Una plataforma giratoria.

No ofrece juego de trúqueme y hay que colocarlo

PARQUE SAN LORENZO:

El Jeep de la oferta NO es balancín, al contrario de lo que se solicita.

Los anclajes de todos los juegos del parque por medio de chapones galvanizados de 10 mm de espesor y con la superficie suficiente para garantizar la estabilidad de los juegos.

Los juegos de muelle solo podrán ser de acero galvanizado, aluminio o inoxidable. El zincado no se admite.

El cartel que se pide para los juegos es de poste de acero y chapa de aluminio impreso de 50 x 30 y NO de acero redondo acabado en acabado en pintura para exterior de poliéster en color.

No ofrece juego de trúqueme y hay que colocarlo

PARQUE DE LA FORJA:

NO se oferta un conjunto casita pasarela con estructura de aluminio con dos toboganes, al contrario de lo que se pide en el pliego.

Los anclajes de todos los juegos del parque por medio de chapones galvanizados de 10 mm de espesor y con la superficie suficiente para garantizar la estabilidad de los juegos.

Los juegos de muelle solo podrán ser de acero galvanizado, aluminio o inoxidable. El zincado no se admite.

El cartel que se pide para los juegos es de poste de acero y chapa de aluminio impreso de 50 x 30 y NO de acero redondo acabado en acabado en pintura para exterior de poliéster en color.

NO ofrece el poste de enredos + juego y hay que colocarlo.

EN TODAS LAS ZONAS HAY QUE COLOCAR LAS SEMIESFERAS.

FALTAN CERTIFICADOS DE:

CERTIFICADO DEL PRODUCTO CP - 13 - 117 HOMOLOGADO POR ENAC. CERTIFICADOS DE CONFORMIDAD NORMA UNE - EN - 1176

HOMOLOGACIONES TUV EN 1176

Teniendo en cuenta que esta petición le ha sido formulada a través de correo electrónico en fecha 31 de octubre habiendo hecho caso omiso a la misma, el plazo para la presentación de esta documentación, es 3 días desde su recibo y su incumplimiento conllevará automáticamente al inicio del correspondiente expediente de resolución del contrato administrativo por parte del Ayuntamiento de Ermua.

hh) Acuse de notificación electrónica de discrepancias técnicas a Oziona.

ii) Justificante del registro de la documentación requerida, el 20 de noviembre de 2018.

jj) Declaración responsable del representante legal de la empresa Oziona, de 20 de noviembre de 2018, en la que:

DECLARA

Que la empresa OZIONA SOLUCIONES DE ENTRETENIMIENTO S.L se compromete al cumplimiento de las especificaciones descritas en los pliegos en cuanto al anclaje de los juegos ofertados, por lo que, se instalarán por medio de chapones de acero galvanizados de 10 mm de espesor y con la superficie adecuada para garantizar la estabilidad de los juegos

Así mismo, en cuanto al certificado CP-13-117 homologado por ENAC, según se pide en el pliego de cláusulas administrativas debe de ser para la empresa instaladora. Hemos hablado con ENAC y este certificado se refiere a un certificado de producto que no existe para las empresas instaladoras solo para las empresas fabricantes del producto.

kk) Fichas técnicas de Oziona de los elementos biosaludables y juegos ofertados.

ll) Certificados de los elementos biosaludables y los juegos.

mm) Informe del encargado de Servicios municipales, sobre el incumplimiento del contrato, de 13 de diciembre de 2018:

El objeto del presente documento es el de informar al Departamento de Contratación que después de solicitar en varias ocasiones la información referente a los juegos que la empresa Oziona tiene previsto instalar en los parques infantiles objeto del contrato y si dispone de las homologaciones TÜV y Certificaciones de Conformidad del Producto, el técnico que suscribe manifiesta que:

- La cronología de la petición de los documentos por correo electrónico fue la siguiente

El 17/10/18 Luciano contesta manifestando que nos hemos adelantado a su intención de ponerse en contacto con nosotros para enseñarnos sus propuestas y tratar de poner unos juegos vistosos en el municipio.

El 19/10/18 Ander contesta a Luciano para tratar de cerrar una fecha para la reunión, la cual no se cierra hasta el día 30/10/2018 por tener Luciano un viaje de trabajo.

El día 24/10/18 se solicita nos faciliten la documentación de los juegos que Luciano aportaría a la reunión para poder preparar la misma.

El 29/10/2018 Oziona aporta la documentación solicitada.

El 29/10/2018, mismo día que se recibe la documentación, se revisa la misma y se notifica a Oziona que la misma es incompleta.

El día 30/10/2018 mantenemos una reunión en el Ayuntamiento Luciano, gerente de la empresa Oziona y el que suscribe para ver cuál es su oferta de juegos y se constata que hay discrepancias en cuanto que algunos juegos no cumplen con lo solicitado en el Pliego. Tampoco aporta homologaciones ni Certificados de los mismos.

El 4/12/2018, Oziona vuelve a enviar nuevamente la documentación solicitada.

El 10/12/18 recibo un correo de Oziona, explicándome cómo debo buscar las fichas, cosa que hice desde que enviaron la primera documentación el pasado día 20/11/18 y que pude comprobar que los certificados adjuntados no correspondían a los juegos ofertados, y me adjuntan la ficha del juego que tiene el Certificado TÜV, subrayando las referencias en el juego y en el certificado, pero no aparece el Certificado conformidad UNE EN 1176, tal y como se pide en el Pliego de Condiciones Técnicas en el punto 3 CONDICIONES TÉCNICAS DE LOS JUEGOS, apartado A Materiales.

El 10/12/18 llama Luciano para tratar de aclarar las discrepancias y dice que enviará las fichas que solicitamos cada juego con sus fichas porque afirma que en la documentación que envían está todo lo solicitado y de ese modo se verá blanco sobre negro cada juego y sus fichas.

El 10/12/18 cruce de correos para tratar de justificar las fichas, cosa que no se hace.

La documentación que se ha recibido de Oziona para justificar lo anteriormente mencionado NO es conforme pues las fichas de las homologaciones TÜV y Certificado de Conformidad del Producto hacen referencia a modelos diferentes a los ofertados para los parques infantiles de Ermua.

Por otro lado, detallando los modelos de juego instalados en cada parque se debe reseñar lo siguiente:

PARQUE INFANTIL DE LA PLAZA DE OKINZURI:

En el Pliego de condiciones se pide que uno de los muelles debe ser para niños/as de 2 a 6 años y lo que se ofrece es un muelle para niños/as de 3 a 14 años. Esto NO cumpliría con lo descrito en el Pliego. El que los niños/as sean mayores de la edad tope prevista para un determinado juego en el Pliego de Condiciones Técnicas pudiera ser un problema para el disfrute de los mismos por parte de los niños/as.

En el Pliego se pide un juego independiente tipo "Faro con red de trepa" el cual la empresa Oziona no lo contempla en el presupuesto. Esto supondría instalar un juego menos al previsto en el proyecto y por tanto la posibilidad de ofertar un precio más bajo que el resto de los concursantes a la licitación del equipamiento de los parques infantiles.

Para los elementos de ejercitación se pedían juegos compactos y lo que se ofrece es algún juego compacto y el resto individual.

La solución ofertada por Oziona, no se parece en nada a la que se indica en el Pliego de Condiciones Técnicas que es más integradora. Sobre todo la solución de colocar los aparatos de pedaleo con un banco de los que se instalan en un parque no es una solución ergonómica.

PARQUE INFANTIL DE LA PLAZA SAN LORENZO:

Se solicita un juego formado por un conjunto en el que se encuentren integrados dos torres, un módulo de trepa, una barra de bomberos un columpio y tobogán.

Lo que ofertan es un conjunto que le falta el columpio y este lo ofrecen como un elemento aparte. Esta solución obliga a que las superficies de protección y distancias de seguridad a los elementos sea superior al de la propuesta Municipal y por lo tanto pudiera darse el caso que encareciera la ejecución del parque por tener que incrementar la superficie de seguridad.

En cualquier caso y aunque finalmente en el parque se instalarían todos los juegos solicitados, No se cumpliría con el requisito exigido de un juego compacto con todos sus elementos integrados.

PARQUE INFANTIL DE LA FORJA:

Uno de los juegos solicitados para este parque es una "Casita con pasarela con estructura de aluminio.

El juego ofertado por Oziona, según las fichas del juego, tiene los postes de la estructura de acero galvanizado y por lo tanto NO cumple con lo solicitado.

En el Pliego de condiciones se pide que uno de los muelles debe ser para niños/as de 2 a 6 años y lo que se ofrece es un muelle para niños/as de 3 a 14 años. Esto NO cumpliría con lo descrito en el Pliego. El que los niños/as sean mayores de la edad tope prevista para un determinado juego en el Pliego de Condiciones Técnicas pudiera ser un problema para el disfrute de los mismos por parte de los niños/as.

Para este parque, también se pide en el Pliego de Condiciones Técnicas un juego de Enredos con su poste. Oziona NO ofrece este juego, según la documentación aportada por ellos para los juegos a instalar en este parque.

Esto supondría instalar un juego menos al previsto en el proyecto y por tanto la posibilidad de ofertar un precio más bajo que el resto de los concursantes a la licitación del equipamiento de los parques infantiles.

El total de juegos NO ofertados para los parques de Ermua es de dos, lo cual hace que tampoco la oferta se ajuste a lo solicitado en el Pliego de Condiciones Técnicas para la instalación de los parques infantiles de Ermua.

Por otro lado el plazo para la ejecución de los parques infantiles vencía el pasado día 11/12/2018 y después de cómo se han producido los hechos en cuanto a la cronología de la solicitud de datos e información que justificara que lo juegos que se pretendían instalar cumplían con lo solicitado en el Pliego de Condiciones Técnicas, tanto en el número de los juegos, como en el cumplimiento de las homologaciones y a la vista que el tiempo se ha dilatado y No por la pronta contestación del Ayuntamiento a cada uno de los correos enviados por Oziona, más bien porque la documentación justificativa aportada no corresponde con los juegos ofertados, el que suscribe entiende que no es achacable a este Ayuntamiento el incumplimiento de contrato de Oziona.

nn) Decreto de Alcaldía 3559/2018, 15 de diciembre de 2018, de incoación de la resolución del contrato.

oo) Audiencia a la empresa contratista de la incoación del expediente de resolución de contrato, de 19 de diciembre de 2018.

pp) Acuse de la notificación electrónica del trámite de audiencia.

qq) Justificante del registro de las alegaciones, de 11 de enero de 2019.

rr) Alegaciones del representante legal de la empresa Oziona Soluciones de Entretenimiento S.L., de 11 de enero de 2019:

> PRIMERO.- La entidad OZIONA, tras haber participado en el expediente de contratación para la Fase II de la renovación de parques infantiles de Ermua, resultó adjudicatario del contrato en virtud del Decreto de la Alcaldía núm. 257/2018, de fecha 2 de octubre de 2018.
>
> A través del referido Decreto, se requirió a OZIONA para que aportase la siguiente documentación:
>
> - Garantía definitiva por importe de:
>
> LOTE I: MIL NOVECIENTOS CINCUENTA EUROS CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS (1.950,65 C).
>
> LOTE II: MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA EUROS (1.850,00 €).
>
> LOTE III: MIL SETECIENTOS EUROS CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS (1.700,65 C).
>
> -Certificación positiva de obligaciones tributarias.
>
> -Alta referida al ejercicio corriente o último recibo del IAE complementado con una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto.
>
> -Certificación administrativa positiva de obligaciones con la Seguridad Social.
>
> -Documentación acreditativa de la capacidad y solvencia de la empresa.
>
> Este requerimiento fue cumplido por OZIONA en el plazo concedido al efecto.

SEGUNDA.- Tras la cumplimentación del requerimiento efectuado, desde el Área Técnica AYUNTAMIENTO DE ERMUA, se solicitó un compromiso firmado de OZIONA del cumplimiento de los siguientes extremos:

·Los juegos serán compatibles o complementarios de los existentes. Además los pavimentos de seguridad deberán ser multicolor.

·Se valorarán solo aquellos juegos cuyas estructuras presenten materiales resistentes al vandalismo, tales como el acero inoxidable, galvanizado, HPL, etc. y aquellas propuestas que presenten juegos con estructuras de madera serán excluidas del concurso.

·Todos y cada uno de los juegos ofertados, habrán de contar con el correspondiente CERTIFICADO DE CONFORMIDAD CON LA NORMATIVA UNE EN 1176·y homologaciones TUV EN 1176.

·Los trabajos deberán ser ejecutados por una empresa que disponga de certificado de producto CP-13--117 homologado por ENAC.

·Fijación de los juegos se deberán realizar mediante chapones galvanizados de 10 mm de espesor apoyados en el pavimento y soldadura de los elementos ofertados. Nunca se anclarán los juegos al pavimento con tacos u otro sistema que necesite realizar agujeros en el suelo.

Nuevamente se cumplió dicho requerimiento, a pesar de que ya se había realizado una declaración al respecto en la que OZIONA se comprometía a cumplir los Pliegos.

TERCERA.- Días después, el 17 de octubre de 2018, a través de DON ANDER URRESTI URBERUAGA, se solicitó a OZIONA que adelantasen los juegos que iban a colocar en cada uno de los parques objeto de la licitación, señalando al efecto (se acompaña como doc. núm. 1 copia del correo electrónico de 17 de octubre de 2018)

"Buenos días Alba,

Soy Ander Urresti, responsable de obras y servicios del Ayto de Emua.

El motivo de este correo es que previo al suministro de los juegos, querríamos tener una reunión con Uds. para ver los modelos de juegos que tienen pensado instalar en el municipio y que conjuntos van a ir en cada parque.

En Ermua tenemos un programa, que se llama "Ermua ciudad educativa", en la que participan niños y niñas del municipio y en una de estas reuniones opinaron sobre qué tipo de juegos les gustaría colocar en el parque de la forja, llegando a unos modelos que son los que se presentaban en el pliego (o similares) y el Ayuntamiento se comprometió en colocarlos.

Aparte de todo ello el Alcalde y un concejal del PNV me piden les informe de que se va a instalar en los parques y por eso es que nos gustaría tener una idea de que irá en cada parque."

Esto es, desde el AYUNTAMIENTO se decidió retrasar el inicio del contrato a fin de que se le informase de los juegos que se colocarían, lo que conllevaba la paralización del plazo de dos meses fijados para el inicio de los trabajos por un motivo ajeno y no imputable a OZIONA.

A pesar de que OZIONA no estaba obligado, ya que ni el contrato, ni los Pliegos exigían que se aportase dicha documentación, la adjudicataria no podía iniciar los trabajos hasta que obtuviese el visto bueno del AYUNTAMIENTO.

En cualquier caso, se presentó la documentación requerida, consistente en la propuesta de los juegos infantiles, incluso se acompañaron las homologaciones de los productos,

CUARTA.- Aportada la documentación solicitada, no hubo ningún pronunciamiento municipal al respecto, hasta el punto de que con fecha 28 de noviembre se envió un correo al técnico municipal encargado para conocer si la propuesta había sido aceptada, indicando:

"Buenas tardes Ander,

Nos ponemos en contacto para saber si la propuesta de juegos que le enviamos está aceptada, para proceder con su compra y con la organización de los trabajos.

Le agradecería si me pudiese decir algo de este tema Sin otro particular, quedo a la espera de su respuesta"

De los hechos expuestos, puede comprobarse que no se iniciaron los trabajos inmediatamente porque el AYUNTAMIENTO, en un trámite no comprendido en los Pliegos, exigía dar el visto bueno a los juegos a instalar en los parques infantiles.

Tuvo que transcurrir un mes, después de haber presentado la documentación solicitada, para que el técnico municipal encargado del contrato diese contestación a la solicitud de OZIONA, señalando:

> "Buenos días Natalia,
>
> Una vez revisada exhaustivamente la documentación que han aportado, debo decirle que la misma no es conforme por las siguientes cuestiones:
>
> · CERTIFICADO DEL PRODUCTO CP - 13 -117 HOMOLOGADO POR ENAC.
>
> Como se indica en el Pliego de Condiciones Técnicas, y como ya se le indicó cuando se les solicitó la documentación sobre este respecto, hay que presentar el certificado del producto de todos los juegos que ofertan para los parques infantiles de Ermua.
>
> En la ficha que presentan de Certificado del Producto, solo coincide el muelle "Ranger todo terreno Ref.CPL008" del resto de los juegos no lo presentan y es una de las condiciones que obligatoriamente hay que cumplir.
>
> · HOMOLOGACIONES TUV:
>
> Igualmente al punto anterior, se debe entregar esta homologación de todos los juegos ofertados. Han entregado fichas de esta homologación de juegos que no se han ofertado.
>
> Solo son conforme las fichas de los biosaludables, el Artic 1 y el multijuego de Ref. fj1009 y el columpio de Ref: S-26301.
>
> Del resto de los juegos ofertados no hay ficha de homologación TUV y su presentación también es obligatoria.
>
> · ANCLAJES DE LOS JUEGOS Y BIOSALUDABLES CON CHAPONES GALVANIZADOS DE 20 MM Y DIMENSIÓN SUFICIENTE Y JUSTIFICADA PARA QUE GARANTICE LA ESTABILIDAD DEL JUEGO:

No se deja suficientemente claro que todos los elementos se instalarán con el sistema propuesto en vez de con anclajes empotrados en el suelo, forjados, como aparece en algunas de las fichas presentadas.

· CERTIFICADO DE PRODUCTO DE LA EMPRESA INSTALADORA HOMOLOGADO POR ENAC.

Tampoco presentan esta documentación (le adjunto cuál es el documento solicitado el cual debe haberse emitido con fecha anterior al de la presentación de la oferta).

De todo esto le informo al departamento de contratación para que actúe como proceda pues entiendo que la documentación aportada vuelve a ser incompleta en algunos casos y en otros simplemente no la aportan."

Nuevamente, OZIONA, a raíz de lo alegado por el AYUNTAMIENTO, procedió a aportar la documentación cuya ausencia había sido denunciada a través de un correo electrónico. En esta nueva comunicación procedía a facilitar a través de un enlace wetransfer las fichas técnicas de los juegos, indicando que algunos de ellos no podían aportarse hasta su adquisición porque la casa comercial no los facilitaba hasta ese momento. Así se manifestó mediante correo electrónico de fecha 4 de diciembre que indicaba:

"Buenos días Ander,

Según conversación telefónica mantenida la semana pasada, adjunto le envío enlace de wetranfer (https://we.tl/t-yVgm2PSJK7) donde podrá descargarse las fichas técnicas de los juegos propuestos, así como sus certificados. Indicar que los juegos a los que no se le adjunta certificado, es debido a que la casa comercial a la que pertenecen, no nos proporciona esa documentación hasta proceder con la compra, con lo que se facilitarán a posteriori.

En relación a la instalación de los juegos, esta se realizará según indicaciones en pliego técnico"

QUINTA.- Sorprendentemente, desde el AYUNTAMIENTO se mantuvo una negativa injustificada, y contraria a lo dispuesto en el contrato, a la aceptación de los juegos ofertados, llegando a indicar:

"Buenos días Natalia,

Una vez revisada la documentación que me envías, observo que es idéntica a la que ya me enviaste y que no era válida, a excepción que en esta ocasión me adjuntas un Certificado TÜV de Servicios de Instalación y mantenimiento de parques infantiles, que tampoco es válida, porque lo que se solicita en el Pliego es que la empresa disponga de un Certificado ENAC de Servicios de Instalación y mantenimiento de parques infantiles.

Por lo tanto seguimos sin recibir los certificados ENAC de conformidad de cumplimiento de la norma UNE EN 1176 de los juegos ofertados, así como las Homologaciones TÜV de los juegos ofertados (las fichas aportadas no corresponden con los juegos ofertados, excepto en dos de ellos).

La entrega de la documentación anterior no se admite que se realice a posteriori."

Por otro lado el contrato se firmó el pasado 11 de octubre de 2018 y el plazo de ejecución del contrato es de dos meses desde la firma del contrato, venciendo el mismo el próximo día 11 de diciembre de 2018.

Estamos desde el día 17 de octubre de 2018 solicitándoos la documentación que se pide en el Pliego y a día de hoy no disponemos de ella.

El trabajo, se debe ejecutar en dos meses desde la firma del contrato y el plazo vence el próximo día 11/10/2018, por lo que es imposible que podías cumplirlo."

Los motivos alegados por el AYUNTAMIENTO para no autorizar la instalación de los juegos propuestos resultaban inaceptables. En relación con el certificado ENAC de servicios de instalación solicitado debe señalarse que NO EXISTE, tal y como se respondió desde ENAC a una consulta efectuada por OZIONA (se acompaña como doc. núm. 2 copia de los correos cruzados entre OZIONA y ENAC, y como doc. núm. 3 copia de los certificados de alcance de acreditación de las certificaciones).

Tampoco cabe aceptar que no sea válida la justificación efectuada por OZIONA del cumplimiento de la norma UNE EN 1176 de los juegos ofertados, ya que los Pliegos no exigen que se aporte la certificación. En cualquier caso, se aportaron las homologaciones de la TÜV, la cual al igual que AENOR y ENAC certifican al amparo de la misma norma, tal y como se puede comprobar en la siguiente IMAGEN:

(…)

Esto es, a través de la documentación aportada, se ha justificado que los juegos ofertados cumplen las exigencias técnicas exigidas en los Pliegos, sin que el órgano de contratación pueda rechazarlos por no incluir un certificado concreto, tal y como establece el artículo 126.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público que señala:

> "Artículo 126. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas.
>
> 7. Cuando los órganos de contratación hagan uso de la opción prevista en el apartado 5, letra a), de formular prescripciones técnicas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales no podrán rechazar una oferta de obras, de suministros o deservicios que se ajusten a una norma nacional que transponga una norma europea, a un documento de idoneidad técnica europeo, a una especificación técnica común, a una norma internacional o a un sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, si tales especificaciones tienen por objeto los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales exigidos por las prescripciones técnicas, siempre que en su oferta, el licitador pruebe por cualquier medio adecuado, incluidos los medios de prueba mencionados en los artículos 127 y 128, que la obra, el suministro o el servicio conforme a la norma reúne los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales establecidos por el órgano de contratación".

A la vista de todos los acontecimientos producidos a partir de la firma del contrato, resulta evidente que OZIONA ha cumplido, íntegramente, sus obligaciones y que el motivo que ha impedido la ejecución del mismo, obedece a una actuación municipal que, vulnerando el contenido de los Pliegos, ha exigido una documentación que además de no resultar exigible, en algunos casos no existía o se había aportado.

SEXTA.- A pesar de todo lo anterior, desde ese AYUNTAMIENTO se ha comunicado la incoación del procedimiento para la resolución del contrato de suministro suscrito, lo que supone una vulneración de lo dispuesto en el artículo 306 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que regula las causas de resolución de los contratos de suministro y se remite a las causas generales recogidas en el artículo 211 del mismo texto legal, que señala:

"Artículo 211. Causas de resolución.

1. Son causas de resolución del contrato:

f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

1.° Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.° Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general."

Como se ha demostrado, el retraso en el inicio de la ejecución de la obra obedece a la actuación del AYUNTAMIENTO que ha impedido a OZIONA proceder a la adquisición de los juegos ofertados, y lo ha hecho al amparo de la falta de aportación de una documentación no exigida de conformidad con el contrato, los Pliegos y la Ley, y que de todos modos se ha facilitado por la adjudicataria, por lo que no cabe la iniciación del procedimiento de resolución que ha dado lugar a las presentes alegaciones.

Por todo lo expuesto,

SOLICITO DE ESE AYUNTAMIENTO que, tenga por formuladas las anteriores alegaciones y, en su virtud proceda al archivo de procedimiento de resolución contractual y permita a OZIONA para que proceda a la adquisición e instalación de los juegos ofertados para los parques infantiles.

ss) Informe jurídico sobre la resolución del contrato, de 28 de enero de 2019.

tt) Informe del encargado de Servicios municipales, sobre las alegaciones de la mercantil Oziona, de 28 de enero de 2019:

El objeto del presente informe es detallar la cronología de los hechos que ha dado lugar a que el plazo de ejecución de los trabajos de suministro e instalación de los

parques infantiles de Okinzuri, La Forja y San Pelayo, que fue de dos meses, venciera sin ni siquiera haber iniciado los trabajos.

El pasado día 11 de octubre de 2018, Oziona firmó el contrato administrativo para la ejecución de los trabajos mencionados anteriormente, con el compromiso de realizarlos en dos meses, tal y como indicaba el Pliego de Condiciones Técnicas.

A la vista que ningún representante de Oziona se ponía en contacto con el Área Técnica -para informar que tipo de juegos tenían pensado instalar en los parques, ni para realizar el acto del Acta de Replanteo, el que suscribe envió un correo electrónico el pasado día 17/10/2018 a las 11:37 al departamento de licitaciones (jicitacion@oziona.com) a "Alba", solicitando una reunión para tratar de esos temas.

> "Buenos días Alba,
>
> Soy Ander Urresti, responsable de obras y servicios del Ayto de Emua.
>
> El motivo de este correo es que previo al suministro de los juegos, querríamos tener una reunión con Uds. para ver los modelos de juegos que tienen pensado instalar en el municipio y que conjuntos van a ir en cada parque.
>
> En Ermua tenemos un programa, que se llama "Ermua ciudad educativa", en la que participan niños y niñas del municipio y en una de estas reuniones opinaron sobre qué tipo de juegos les gustaría colocar en el parque de la forja, llegando a unos modelos que son los que se presentaban en el pliego (o similares) y el Ayuntamiento se comprometió en colocarlos
>
> Aparte de todo ello el Alcalde y un concejal del PNV me piden les informe de que se va a instalar en los parques y por eso es que nos gustaría tener una idea de que irá en cada parque.
>
> En espera de sus noticias
>
> Un cordial saludo
>
> Ander". **(doc.1),**

El mismo día 17/10/2018 a las 16:31, contestó a mi correo Luciano Fernández Martínez, Gerente de Oziona, manifestando que:

"Buenas tardes Ander

Soy Luciano Fernández, gerente de Oziona, precisamente me iba a poner en contacto con vosotros para poder visitaros y llevaros varias propuestas con el fin de poder ir de la mano y realizar unos parques vistosos.

Si te parece el viernes (mañana estoy de viaje a León) por la mañana podemos hablar y coordinar una fecha para dicha reunión "(doc.2)

Con lo anterior, quería dejar claro, que nunca fue la intención del Ayuntamiento el retrasar el comienzo de las obras, al contrario de lo que mencionan desde Oziona en el punto TERCERO, de sus alegaciones. En realidad, lo que desde el Ayuntamiento se pretendía es impulsar los trabajos debido a las fechas en las que nos encontrábamos, próximas a la finalización del año y a que los plazos de ejecución del trabajo habían comenzado desde el momento de la fecha del contrato.

Por otro lado, una vez leídos los correos aportados como doc 1 y doc 2, y al contrario de lo que menciona en las alegaciones Oziona, en el punto TERCERO, el Gerente de Oziona manifiesta en su correo "precisamente me iba a poner en contacto con vosotros para poder visitaros y llevaros varias propuestas con el fin de ir de la mano y realizar unos parques vistosos"

Por lo tanto, Oziona reconoce que nos hemos adelantado a su intención de reunirse con el Ayuntamiento para mostrarnos sus propuestas previas a su adquisición y además es Oziona el que fija la fecha de la reunión para el día 30/10/2018, porque no podía visitarnos antes por motivos laborales corno queda reflejado en su correo del día 19/10/2018 recibido a las 14:06 (doc 3)

Se solicita el día 24/10/2018 una copia de la documentación de las propuestas que Oziona iba a presentar al Ayuntamiento para poder estudiarla y trabajar sobre ella el día de la reunión de tal modo que todo fuera más ágil y el 29//012018 contesta el Gerente de Oziona diciendo que a lo largo de la mañana recibiría la documentación solicitada, la cual, efectivamente se recibe ese mismo día a las 12:32.

El que suscribe, una vez revisada la documentación, contesta al correo de Oziona el mismo día 29/10/2018 a las 13:15 manifestando que falta documentación (doc 4)

"Buenos días Natalia,

He recibido las imágenes de los parques, pero me falta que me enviara las homologaciones TUV EN 1176, Certificado de conformidad con la Normativa UNE 1176 y certificado de producto CP-13-17

Un cordial saludo"

El día 30/10/2018 se celebra la reunión y se trata de todos aquellas discrepancias existentes entre la documentación aportada y lo que se pedía en el Pliego de Condiciones Técnicas. Entre otras cuestiones, en la oferta que presentan faltan los siguientes juegos:

- Módulo de pedalear con respaldo.
- Módulo Zig Zaga para ejercitar los dedos de las manos.
- Plataforma giratoria para ejercitar las caderas
- Bicicleta estática
- Se pedían juegos para niños/as de 2 a 6 años y se ofrecen juegos para niños/as de 3 a12 años.
- Falta un juego simulando a una red de Faro.
- Hay algún juego que no es de aluminio, al contrario de lo que se pide.
- Faltan dos toboganes.
- Faltan semiesferas de EPDM.
- Falta el juego de Trúqueme.
- Falta el poste de enredos + el juego.
- Juegos con muelles zincados, no admitidos en el Pliego.
- El cartel indicativo de la zona de juego no es de aluminio.

- Los sistemas de anclaje son con tacos y pernos al terreno, al contrario de lo que se pide que son anclajes por medio de chapones galvanizados de 10 mm de espesor.

- Faltan certificaciones, homologaciones, etc. de los juegos.

El que suscribe, entiende que el haber mantenido la reunión previa fue muy importante debido a las numerosas carencias que presentaba su oferta la cual, a pesar de que según manifiesta en el punto SEGUNDO de las alegaciones, Oziona se comprometía a cumplir con lo indicado en las Pliegos. Claramente su oferta incumple el Pliego.

El día 31/10/2018 a las 12:47 se envía un correo al Gerente de Oziona (la fecha de la reunión que aparece en el correo está equivocada debería decir 30/10/2018) haciéndole un recordatorio de los asuntos tratados en la reunión y solicitándoles que subsanen la propuesta. (doc 5)

> "Asunto: RESUMEN ASUNTOS TRATADOS SOBRE LAS DISCREPANCIAS EXISTENTES ENTRE LO OFERTADO Y PEDIDO EN LOS PLIEGOS DE LA RENOVACION DE PARQUES INFANTILES EN ERMUA.
>
> Buenos días Luciano,
>
> Después de la reunión que hemos mantenido la mañana del día 29/10/2018, te adjunto a modo de recordatorio un resumen de aquellas discrepancias existentes entre los juegos que ofertáis con respecto a los que se solicitan en el concurso y que inexcusablemente deberéis proceder a subsanar.
>
> El incumplimiento de este requerimiento conllevará la resolución del contrato administrativo por parte del Ayuntamiento.
>
> PARQUE DE OKINZURI.:
>
> Los juegos de muelle solo podrán ser de acero galvanizado, aluminio o inoxidable. El zincado no se admite.
>
> Los anclajes de todos los juegos del parque por medio de chapones galvanizados de 10 mm de espesor y con la superficie suficiente para garantizarla estabilidad de los juegos.

El cartel que se pide para los juegos es de poste de acero y chapa de aluminio impreso de 50 x 30 y NO de acero redondo acabado en acabado en pintura para exterior de poliéster en color.

JUEGOS BIOSALUDABLES:

Falta un módulo de pedalear con respaldo.

Módulo Zig Zag para dedos

Una plataforma giratoria.

No ofrece juego de trúqueme y hay que colocarlo

PARQUE SAN LORENZO:

El Jeep de la oferta NO es balancín, al contrario de lo que se solicita.

Los anclajes de todos los juegos del parque por medio de chapones galvanizados de 10 mm de espesor y con la superficie suficiente para garantizarla estabilidad de los juegos.

Los juegos de muelle solo podrán ser de acero galvanizado, aluminio o inoxidable. El zincado no se admite.

El cartel que se pide para los juegos es de poste de acero y chapa de aluminio impreso de 50 x 30 y NO de acero redondo acabado en acabado en pintura para exterior de poliéster en color.

No ofrece juego de trúqueme y hay que colocarlo

PARQUE DE LA FORJA:

NO se oferta un conjunto casita pasarela con estructura de aluminio con dos toboganes, al contrario de lo que se pide en el pliego.

Los anclajes de todos los juegos del parque por medio de chapones galvanizados de 10 mm de espesor y con la superficie suficiente para garantizarla estabilidad de los juegos.

Los juegos de muelle solo podrán ser de acero galvanizado, aluminio o inoxidable. El zincado no se admite.

El cartel que se pide para los juegos es de poste de acero y chapa de aluminio impreso de 50 x 30 y NO de acero redondo acabado en acabado en pintura para exterior de poliéster en color.

NO ofrece el poste de enredos + juego y hay que colocarlo.

EN TODAS LAS ZONAS HAY QUE COLOCAR LAS SEMIESFERAS.

FALTAN CERTIFICADOS DE:

CERTIFICADO DEL PRODUCTO CP - 13 - 117 HOMOLOGADO POR ENAC. CERTIFICADOS DE CONFORMIDAD NORMA UNE - EN - 1176

HOMOLOGACIONES TUV EN 1176

En espera de recibir esta documentación para poner en marcha el encargo.

Un cordial saludo

Ander"

Este correo, al contrario de lo que manifiesta Oziona en el punto CUARTO de sus alegaciones, no tuvo respuesta y por lo tanto desconocíamos si se habían tenido en cuenta lo solicitado en el mismo:

Por lo anterior, desde el Departamento de Contratación del Ayuntamiento se envía una notificación el día 14/11/2018 a la empresa Oziona para que en un plazo de 3 días desde el recibo de la misma para que presente la documentación solicitada. (doc 6).

El 28/11/2018 a las 15:05 desde Oziona se nos solicita conformidad de su propuesta para que pudieran comenzar con la compra de los juegos.

Conformidad??, de cual propuesta, de la que nos presentó con todas aquella carencias mencionadas anteriormente??.

Desde el 31/10/2018 hasta este correo del 28/11/2018 ha pasado casi un mes y aún no tenemos información de que se haya subsanado lo solicitado.

El 29/11/2018 a las 10:24 se contesta al correo anterior manifestando la no conformidad de la documentación aportada. (doc 7)

"Buenos días Natalia.

Una vez revisada exhaustivamente la documentación que han aportado, debo decirle que la misma no es conforme por las siguientes cuestiones:

· CERTIFICADO DEL PRODUCTO CP - 13 417 HOMOLOGADO POR ENAC.

Como se indica en el Pliego de Condiciones Técnicas, y como ya se le indicó cuando se les solicitó la documentación sobre este respecto, hay que presentar el certificado del producto de todos los juegos que ofertan para los parques infantiles de Ermua.

En la ficha que presentan de Certificado del Producto, solo coincide el muelle "Ranger todo terreno Ref. CPL008" del resto de los juegos no lo presentan y es una de las condiciones que obligatoriamente hay que cumplir.

· HOMOLOGACIONES TUV:

Igualmente al punto anterior, se debe entregar esta homologación de todos los juegos ofertados. Han entregado fichas de esta homologación de juegos que no se han ofertado. Solo son conforme las fichas de los biosaludables, el Artic 1 y el multijuego de Ref. fj1009 y el columpio de Ref: S-26301.

Del resto de los juegos ofertados no hay ficha de homologación TUV y su presentación también es obligatoria.

· ANCLAJES DE LOS JUEGOS Y BIOSALUDABLES CON CHAPONES GALVANIZADOS DE 20 MM Y DIMENSIÓN SUFICIENTE YJUSTIFICADA PARA QUE GARANTICE LA ESTABILIDAD DEL JUEGO:

No se deja suficientemente claro que todos los elementos se instalarán con el sistema propuesto en vez de con anclajes empotrados en el suelo, forjados, como aparece en algunas de las fichas presentadas.

· CERTIFICADO DE PRODUCTO DE LA EMPRESA INSTALADORA HOMOLOGADO POR ENAC.

Tampoco presentan esta documentación (le adjunto cuál es el documento solicitado el cual debe haberse emitido con fecha anterior al de la presentación de la oferta).

De todo esto le informo al departamento de contratación para que actúe como proceda pues entiendo que la documentación aportada vuelve a ser incompleta en algunos casos y en otros simplemente no la aportan.

Un cordial saludo.

Ander Urresti"

El 4/12/2018 a las 10:56 Oziona envía un archivo Wetransfer aportando supuestamente nueva documentación, pero al revisarla se observa que se añaden nuevas fichas de los juegos que faltaban ofertar, cambian el modelo de el multijuego del parque de la Forja por otro con más materiales plásticos que de acero (material que se pide en el pliego) un Certificado TÜV de Servicios de Instalación y Mantenimiento de Parques. En el Pliego se pedía este certificado emitido por ENAC.

En este correo Oziona nos indica que no puede aportar las fichas de algunos juegos, que por otra parte son la mayoría, porque la casa comercial no se los facilita hasta la adquisición de los mismos.

Sin embargo, sorprendentemente, aportan muchísimas fichas de homologación de juegos TÜV de juegos que nada tienen que ver con los juegos ofertados y por lo tanto no se pueden aceptar como válidas para la justificación de la homologación de los mismos.

Al fin, desde que se les está solicitando la documentación de las certificaciones de los juegos por primera vez (29/10/2018), documento que se pedía en los Pliegos de Condiciones Técnicas, en el punto 3 "CONDICIONES TÉCNICAS DE LOS JUEGOS", apartado A — MATERIALES, y hasta que contestan que no los pueden aportar (4/12/2018) ha transcurrido más de un mes.

Hasta la fecha, en las licitaciones que ha sacado el Ayuntamiento para el suministro y colocación de juegos en los parques infantiles del municipio, todas las empresas que participaron presentaron los certificados de los juegos, porque además a los fabricantes les viene bien certificar de que disponen de esos

documentos. Por lo tanto, no entendemos la reticencia de Oziona para aportar la documentación que se pedía en el Pliego de Condiciones Técnicas.

El día 10/12/2018 se contesta al correo anterior volviendo a manifestar las deficiencias en la documentación aportada. (doc 7).

> "Buenos días Natalia,
>
> Una vez revisada la documentación que me envías, observo que es idéntica a la que ya me enviaste y que no era válida, a excepción que en esta ocasión me adjuntas un Certificado TÜV de Servicios de Instalación y mantenimiento de parques infantiles, que tampoco es válida, porque lo que se solicita en el Pliego es que la empresa disponga de un Certificado ENAC de Servicios de Instalación y mantenimiento de parques infantiles.
>
> Por lo tanto seguimos sin recibir los certificados ENAC de conformidad de cumplimiento de la norma UNE EN 1176 de los juegos ofertados, así corno las Homologaciones TÜV de los juegos ofertados (las fichas aportadas no corresponden con los juegos ofertados, excepto en dos de ellos)
>
> La entrega de la documentación anterior no se admite que se realice a posteriori.
>
> Por otro lado el contrato se firmó el pasado 11 de octubre de 2018 y el plazo de ejecución del contrato es de dos meses desde la firma del contrato, venciendo el mismo el próximo día 11 de diciembre de 2018.
>
> Estamos desde el día 17 de octubre de 2018 solicitándoos la documentación que se pide en el Pliego y a día de hoy no disponemos de ella.
>
> El trabajo se debe ejecutar en dos meses desde la firma del contrato y el plazo vence el próximo día 11/12/2018, por lo que es imposible que podías cumplirlo.
>
> Sin otro particular.
>
> Un cordial saludo.
>
> Ander"

CONCLUSION:

Las normas UNE - EN 1176 y UNE -- EN1177 constituye la normativa de seguridad para parques infantiles e incluyen medidas de seguridad requeridas en la fabricación, instalación, inspección y mantenimiento de áreas de juego infantiles.

Esta normativa europea es aplicable a los instaladores y fabricantes de juegos para parques infantiles cuyas normas deben cumplir para que sus productos tengan marcado CE y estén homologados.

A día de hoy, seguimos sin que la empresa Oziona presente las fichas de homologación de los juegos que oferta para los parques infantiles de Ermua.

Hay que señalar que cuando en el punto QUINTO de las alegaciones de Oziona manifiesta: "se aportaron las homologaciones TÜV, la cual al igual que AENOR y ENAC certifican al amparo de la misma norma, tal y como se puede comprobar en la siguiente imagen", la imagen de la ficha TÜV que aportan corresponde a un juego que no tiene nada que ver con lo ofertado. Oziona insiste en aportar documentación que nada tiene que ver con el objeto del concurso, ni con los juegos que ofrecen para la ejecución del trabajo.

Se aporta la imagen del juego que corresponde a la ficha de homologación TÜV que Oziona adjunta como justificación de su cumplimiento cuando nos envían la documentación solicitada por el Ayuntamiento y no validada por el que suscribe por no corresponder con nada de lo ofertado.

Por otro lado, detallando los modelos de juego instalados en cada parque se debe reseñar lo siguiente:

<u>PARQUE INFANTIL DE LA PLAZA DE OKINZURI:</u>

En el Pliego de condiciones se pide que uno de los muelles debe ser para niños/as de 2 a 6 años y lo que se ofrece es un muelle para niños/as de 3 a 14 años. Esto NO cumpliría con lo descrito en el Pliego. El que los niños/as sean mayores de la edad tope prevista para un determinado juego en el Pliego de Condiciones Técnicas pudiera ser un problema para el disfrute de los mismos por parte de los niños/as.

Para los elementos de ejercitación se pedían juegos compactos y lo que se ofrece es algún juego compacto y el resto individual.

La solución ofertada por Oziona, no se parece en nada a la que se indica en el Pliego de Condiciones Técnicas que es más integradora. Sobre todo la solución de colocar los aparatos de pedaleo con un banco de los que se instalan en un parque. No es una solución ergonómica, algo que se pretendía con los juegos compactos pedidos en el Pliego de Condiciones.

PARQUE INFANTIL DE LA PLAZA SAN LORENZO:

Se solicita un juego formado por un conjunto en el que se encuentren integrados dos torres, un módulo de trepa, una barra de bomberos un columpio y tobogán.

Lo que ofertan es un conjunto que le falta el columpio y este lo ofrecen como un elemento aparte. Esta solución obliga a que las superficies de protección y distancias de seguridad a los elementos sean superiores al de la propuesta Municipal y por lo tanto encareciera la ejecución del parque por tener que incrementar la superficie de seguridad.

En cualquier caso y aunque finalmente en el parque se instalarían todos los juegos solicitados, No se cumpliría con el requisito exigido de un juego compacto con todos sus elementos integrados.

PARQUE INFANTIL DE LA FORJA:

Uno de los juegos solicitados para este parque es una "Casita con pasarela con estructura de aluminio.

El juego ofertado por Oziona, según las fichas del juego, tiene los postes de la estructura de acero galvanizado y por lo tanto NO cumple con lo solicitado.

En el Pliego de condiciones se pide que uno de los muelles debe ser para niños/as de 2 a 6 años y lo que se ofrece es un muelle para niños/as de 3 a 14 años. Esto NO cumpliría con lo descrito en el Pliego. El que los niños/as sean mayores de la edad tope prevista para un determinado juego en el Pliego de Condiciones Técnicas pudiera ser un problema para el disfrute de los mismos por parte de los niños/as.

El multijuego pedido para instalar en este parque nada tiene que ver con lo ofertado por Oziona. Se pedía uno de acero y el ofertado tiene más materiales de plástico que de acero.

Para este parque, también se pide en el Pliego de Condiciones Técnicas un juego de Enredos con su poste. Oziona NO ofrece este juego, según la documentación aportada por ellos para los juegos a instalar en este parque.

Esto supondría instalar un juego menos al previsto en el proyecto y por tanto la posibilidad de ofertar un precio más bajo que el resto de los concursantes a la licitación del equipamiento de los parques infantiles.

Y por último, por todo lo descrito es fácil comprender que no ha sido el Ayuntamiento el responsable de haber dilatado el proceso hasta el punto de que Oziona no pudiera ejecutar el trabajo que tenían adjudicado para el suministro y colocación de los parques infantiles en Ermua.

uu) Propuesta de Resolución, de 4 de febrero de 2019.

vv) Alegaciones de la avalista Abanca Corporación Bancaria S.A., de 21 de febrero de 2019.

INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN

4. El dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora se emite de acuerdo con el artículo 3.1.i) de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, en relación con el artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), que preceptúan el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los supuestos de resolución contractual, cuando exista oposición parte del contratista.

5. En relación con la posición del contratista, Oziona ha mostrado abiertamente su postura contraria a la resolución contractual.

CONSIDERACIONES

I PROCEDIMIENTO

6. El Ayuntamiento de Ermua propone resolver el contrato de "Renovación de parques infantiles en el municipio de Ermua. Fase II", como consecuencia del incumplimiento del contrato, basado en deficiencias técnicas observadas en la documentación aportada para el suministro objeto del contrato, dado que, según el informe técnico emitido al

efecto, el incumplimiento de la propuesta de la empresa se refiere tanto AL número y características de los juegos, como a la aportación de las homologaciones preceptivas, con la incautación de la garantía constituida al efecto.

7. Para la extinción del contrato ha de estarse a lo establecido en el LCSP, así como por lo contemplado en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos de las administraciones públicas (en adelante, el Reglamento), conforme al cual, para que la decisión resolutoria sea conforme a derecho, cuando —como aquí sucede— consta la oposición del contratista, requiere, además del presente dictamen, la audiencia al contratista y, en su caso, del avalista.

8. En el caso sometido a dictamen, la Comisión constata el cumplimiento de los referidos trámites; se ha cumplido con el obligado trámite de audiencia y obra igualmente en el expediente el informe jurídico en los términos establecidos por el apartado 2 del artículo 109 del Reglamento General.

9. En orden al plazo para acordar la resolución del contrato, no consta que el ayuntamiento haya acordado la suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución por el tiempo que medie entre la petición del presente dictamen —de obligada comunicación a los interesados— y su recepción, como permitiría —previa comunicación a los interesados— el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC).

10. En cualquier caso, dispone de margen más que suficiente para cumplir el plazo previsto en el artículo 212.8 de la LCSP, según el cual los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

II ANÁLISIS DEL FONDO DEL ASUNTO

11. Nos encontramos ante un contrato de suministro que incluye servicios o trabajos de colocación e instalación (categoría a la que aluden los artículos 75.4, 76.1 y 89.2 LCSP).

12. La extinción anticipada del contrato por medio de su resolución constituye, en palabras del Consejo de Estado, "(…) un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte, o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto."

13. En relación con la normativa de aplicación, el contrato se adjudicó por Decreto de Alcaldía 2578/2018, de 2 de octubre de 2018, por lo que la apreciación de si

concurre o no causa para que la Administración pueda resolverlo y los efectos de la posible resolución se someten al LCSP y al Reglamento General.

14. Entre las causas de resolución de los contratos administrativos que se recogen en el artículo 211 LCSP figuran en la letra f) "el incumplimiento de la obligación principal del contrato", siendo, asimismo, causa de resolución "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes: 1° Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos. 2° Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general".

15. Respecto a los contratos de suministros resulta oportuno añadir que, según el artículo 300.1 LCSP, el contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados por el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.

16. Hay que recordar también que sobre las prescripciones técnicas versan los artículos 125 LCSP, que contiene una definición de las mismas, artículo 126 LCSP donde se establecen reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas, y singularmente, el artículo 128 LCSP, cuyo contenido conviene reproducir:

> 1. Los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato.
>
> Cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados emitidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por aquellos.
>
> A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá por «organismo de evaluación de la conformidad» aquel que desempeña actividades de calibración, ensayo, certificación e inspección, y que están acreditados de conformidad con el Reglamento (CE) n. ° 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo.
>
> 2. Supletoriamente los órganos de contratación deberán aceptar otros medios de prueba adecuados que no sean los contemplados en el apartado primero, como

un informe técnico del fabricante, cuando el empresario de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados, siempre que la falta de acceso no sea por causa imputable al mismo y que este sirva para demostrar que las obras, suministros o servicios que proporcionará cumplen con las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato, según el caso.

17. Según el artículo 301.1 de la LCSP, el adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato.

18. A la luz del artículo 303 de la LCSP, la Administración tiene la facultad de inspeccionar y ser informada del proceso de fabricación o elaboración del producto, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos, pruebas de los materiales que se vayan a emplear, establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido.

19. Por su parte, el artículo 304.2 de la LCSP establece que, si los bienes no se hallan en estado de ser recibidos, se hará constar así en el acta de recepción y se darán las instrucciones precisas al contratista para que subsane los defectos observados o proceda a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado.

20. Junto a las previsiones de la LCSP se deben tener en cuenta las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de prescripciones técnicas, que incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y de las obligaciones que asumen las partes en el contrato, constituyendo por ello la ley del mismo y vinculando por igual a la Administración y a la contratista, en cuanto no se opongan a la normativa mencionada.

21. La cláusula 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece como objeto del contrato el suministro e instalación para la "Renovación de parques infantiles en el municipio de Ermua. Fase II: Okinzuri, San Lorenzo y La Forja".

22. En la memoria justificativa, como necesidades administrativas a satisfacer, se explica que "se promueve para la renovación de los pavimentos por otros que ofrezcan mayor seguridad de uso en caso de caída y también con el objetivo de reducir el mantenimiento de los juegos al ser sustituidos los actuales de madera, por otros más modernos con sus estructuras metálicas y paneles HPL. Este cambio de modelo de los juegos, también contribuye en la seguridad de uso de los juegos infantiles por ser más robustos que los actuales. Aprovechando la renovación, se certificará el área del parque infantil por una empresa autorizada, con el fin de garantizar que el

parque cumple con la normativa de seguridad de uso. Las áreas de juego habrán de realizarse conforme a las especificaciones técnicas establecidas en las normas UNE EN 1177 'Revestimiento de las superficies de las áreas de juego absorbentes de impacto. Requisitos de Seguridad y métodos de ensayo', EN -1176 'Equipamiento de las áreas de juego' y normas UNE 172001 IN 'Señalización de áreas de juego'".

23. Se establece en la cláusula 8 del pliego de cláusulas administrativas particulares el plazo de ejecución y prórroga por remisión al punto 17 del cuadro de características del contrato (aunque se refiere erróneamente al 22), debiéndose producir la ejecución o entrega en 2 meses, sin posibilidad de prórroga, siendo de 7 días el plazo para la recepción.

24. La cláusula 27 reconoce el derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato.

25. Según la cláusula 39 corresponde al responsable del contrato, don Ander Urresti Urberuaga, supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada.

26. Y en la cláusula 44 del citado pliego se establece que:

> Si los bienes no se hallan en estado de ser recibidos, se hará constar así en el acta de recepción, dándose las órdenes precisas al contratista para que subsane los defectos observados y proceda a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado.

27. Por último, la cláusula 47 aborda la resolución del contrato, incluyendo, además de las causas generales de la ley, en relación a las obligaciones esenciales cuyo incumplimiento es causa de resolución, la del incumplimiento de la obligación del pago a subcontratistas o suministradores (apartado 25 del cuadro de características).

28. Así mismo, en el pliego de prescripciones técnicas para la contratación se establecen, entre otras, las siguientes especificaciones:

29. En cuanto al objeto del pliego:

> El presente pliego tiene por finalidad marcar las pautas y directrices que han de regir el suministro y la instalación para la renovación de las áreas de juegos infantiles descritas en el siguiente punto.

Las áreas de juego habrán de realizarse conforme a las especificaciones técnicas establecidas en las normas UNE EN 1177:"Revestimiento de las superficies de las áreas de juego absorbentes de impacto. Requisitos de seguridad y métodos de ensayo", EN - 1176 "Equipamiento de las áreas de juego" y normas UNE 172001 IN "Señalización de áreas de juego".

El diseño básico y los elementos que dispondrán los juegos se encuentran fijados por el presente pliego, y los proyectos presentados serán valorados según las propuestas que presente la empresa licitadora.

30. En el punto 2 del pliego se relacionan los juegos a instalar y el equipamiento de cada uno de los parques, incluyéndose la referencia a que los trabajos deberán ser ejecutados por una empresa que disponga de certificado de producto CP-13-117 homologado por ENAC.

31. En cuanto a las condiciones técnicas de los juegos se señala:

A. Materiales

Los juegos o combinaciones de éstos que se oferten para la equipación de las áreas de juego deberán cumplir en cuanto a los materiales de construcción y diseño lo señalado en el Aptdo. 4.1. "Materiales" de la Norma UNE EN 1176: "Equipamiento de las áreas de juego. Parte 1: Requisitos generales de seguridad y métodos de ensayo". Todos y cada uno de los juegos ofertados, habrán de contar con el correspondiente CERTIFICADO DE CONFORMIDAD CON LA NORMATIVA UNE EN 1176 y homologaciones TUV EN 1176

Se valorarán solo aquellos juegos cuyas estructuras presenten materiales resistentes al vandalismo, tales como el acero inoxidable, galvanizado, HPL, etc.

Aquellas propuestas que presenten juegos con estructuras de madera serán excluidas del concurso.

B. Diseño

Los elementos de juego instalados serán de marca registrada y homologados según normas UNE-EN-1176 "Equipamientos de áreas de juegos. Requisitos generales de seguridad y métodos de ensayo."

….

La prestación del suministro se efectuará con arreglo a las condiciones que a continuación se estipulan, de las que se derivan los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes:

- Suministro de elementos, o áreas completas de juegos, así como su instalación, estando sujeto a la normativa mencionada anteriormente.

- Disponer del personal necesario tanto en número como en capacidad profesional y cuantía mínima, así como de los medios auxiliares necesarios para la adecuada realización suministro y montaje.

- Garantizar el suministro de los elementos de repuesto que en el futuro se precisen, por un periodo de al menos 5 años.

- En el momento que se precise la nueva instalación, el contratista de acuerdo con los servicios municipales, procederá al replanteo de los elementos a instalar acorde con el UNE-EN-1176 y el UNE-EN-1177, realizándose marcaciones mediante pintura u otro sistema inocuo para el medio ambiente.

- Una vez aceptado el replanteo por los técnicos municipales, el contratista procederá a realizar las labores de retirada de los juegos existentes e instalación de los nuevos.

- Los residuos resultantes de la realización de los trabajos, así como embalajes, envases vacíos, elementos de juegos retirados, etc. serán retirados por el contratista a su costa, sin que se permita la permanencia de los mismos en el lugar de las obras, salvo casos expresamente especificados.

….

- Será necesaria la colocación de suelo continuo in situ de seguridad homologado según normas UNE-EN-1177 "Revestimiento de las superficies de áreas de juego absorbedoras de impactos. Requisitos de seguridad y métodos de ensayo" en la totalidad de la superficie.

- El diseño y temática del mismo será concretado en el replanteo de la instalación. Para la ejecución del citado suelo se realizará un extendido de capa inferior de caucho SBR, aplicación de la carga de resina sintética y ejecución de la capa superior de pavimento continuo a base de gránulos EPDM de colores variados, mezclados con resina, incluso formación de remate

de borde achaflanado. Los espesores del mismo serán definidos según necesidades de altura libre de caída. Por cada uno de los juegos ofertados se especificará el H.I.0 (altura crítica de caída) y superficies necesarias del pavimento continúo de seguridad que se deberán colocar para cumplir la Normativa Europea UNE-EN-1177.

C. Marcado.

Todos y cada uno de los juegos deberán marcarse de forma legible y permanente con la siguiente información (Aptdo. 7 Marcado de la norma UNE EN 1176-1):

- Denominación del juego, la cual habrá de atenerse a las definiciones recogidas en la norma UNE EN 1176.

32. Entrando ya a conocer del fondo del asunto, la Administración consultante viene a fundamentar la resolución del contrato en lo dispuesto en el artículo 211.f) de la LCSP, esto es, "el incumplimiento de la obligación principal del contrato".

33. En el presente caso, el ayuntamiento afirma que, habiendo solicitado de la empresa la relación de juegos y elementos biosaludables que va a instalar, con las debidas certificaciones y homologaciones, ni los juegos se corresponden en su número y características a los señalados en el pliego, ni, lo que es más relevante, se ha aportado certificación con las homologaciones preceptivas.

34. A juicio de la Comisión, en consideración a la legislación aplicable y al pliego de cláusulas administrativas particulares, lo que se incumple es el objeto mismo del contrato porque este va referido a unos determinados juegos que deben reunir unas concretas prescripciones técnicas.

35. Antes que nada conviene subrayar la importancia del cumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas en las normas UNE EN 1177: "Revestimiento de las superficies de las áreas de juego absorbentes de impacto. Requisitos de seguridad y métodos de ensayo", EN 1176 "Equipamiento de las áreas de juego" y normas UNE 172001 IN "Señalización de áreas de juego".

36. Está en juego la seguridad infantil por lo que las exigencias deben ser máximas, debiendo los municipios adquirir equipamientos de juego certificados y homologados, además ha de garantizarse que la instalación y el montaje son correctos.

37. Una de las recomendaciones del ESTUDIO sobre "Seguridad y Accesibilidad de las áreas de juego infantil" llevado a cabo por el Defensor del Pueblo (Madrid, septiembre de 2015), en el que se analiza la regulación vigente en la materia —en el que se constata la existencia de un importante vacío normativo, con las excepciones de Galicia y Andalucía que tienen establecidos unos requisitos mínimos de seguridad y accesibilidad—, consiste en, por lo menos, "incluir las normas UNE-EN en los pliegos de prescripciones técnicas, tanto para los nuevos suministros de equipamiento como para su instalación y mantenimiento y exigir una certificación del conjunto del área para garantizar su correcta instalación". (*https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/09/Areas_juego_infantil1.pdf).*

38. Es preciso que los equipos de juego se fabriquen cumpliendo todos los estándares europeos de seguridad y debe exigirse además una instalación adecuada, porque lo contrario implica la asunción de riesgos inaceptables que pueden tener consecuencias fatales.

39. No se trataría de una cuestión formal, menor o circunstancial, sino de una infracción grave de las condiciones estipuladas porque es radicalmente contrario al objeto del contrato —cuya finalidad es el de suministrar juegos seguros— que los productos suministrados y su instalación no cumplan las especificaciones UNE-EN.

40. Dicho esto, a la vista de los hechos constatados y que han sido expuestos en este dictamen, esta Comisión entiende que la respuesta de la Administración ha sido adecuada y proporcionada, al adoptar las medidas administrativas preventivas que demandaba la correcta ejecución del contrato.

41. De las alegaciones formuladas tanto por la empresa como por el encargado municipal de la ejecución del contrato se desprende que a la adjudicataria le fue reclamada la documentación relativa a los juegos el 26 de octubre de 2018, que una vez presentada aquella, el 29 de octubre de 2018, ya le fue advertida su insuficiencia. El día 30 de octubre de 2018 se celebra una reunión para resolver las discrepancias existentes entre la documentación aportada y lo que se pedía en el pliego de condiciones técnicas. El 31 de octubre de 2018 se hace un requerimiento formal con la advertencia de que, de no ser atendido, "conllevará la resolución del contrato administrativo por parte del Ayuntamiento".

42. El Departamento de Contratación del ayuntamiento envía una notificación el día 14 de noviembre de 2018 a la empresa Oziona para que en un plazo de 3 días desde el recibo de la misma presente la documentación solicitada. El 28 de noviembre de 2018 Oziona solicita la conformidad de su propuesta para que pudieran comenzar con la compra de los juegos. El 29 de noviembre de 2018 el responsable municipal

contesta manifestando la no conformidad de la documentación aportada. El 4 de diciembre de 2018 Oziona facilita, a través de un enlace wetransfer, las fichas técnicas de los juegos, indicando que algunos de ellos no podían aportarse hasta su adquisición porque la casa comercial no los facilitaba hasta ese momento. El día 10 de diciembre de 2018 el responsable municipal contesta al correo anterior volviendo a manifestar las deficiencias en la documentación aportada.

43. Solo entonces, una vez expirado el plazo de ejecución del contrato y ante la negativa de la empresa, cuya actitud cabe calificar de contumaz y renuente, el encargado de los Servicios municipales redacta el informe sobre el incumplimiento del contrato, de 13 de diciembre de 2018, que da lugar al Decreto de Alcaldía 3559/2018, 15 de diciembre de 2018, de incoación de la resolución del contrato.

44. La empresa manifiesta en sus alegaciones que el certificado de producto ENAC de servicios de instalación no existe y se acreditó el cumplimiento de la norma UNE EN 1176 de los juegos ofertados, mediante homologaciones de la TÜV, la cual, al igual que AENOR y ENAC, certifican al amparo de la misma norma.

45. En primer lugar, hay que decir el pliego exige, además de la acreditación de producto, para los juegos, la acreditación para la realización de los trabajos de instalación, a la vista de su literal y del contexto en el que se fórmula. Ahora bien, para dicha acreditación, con la cautela que requiere pronunciarse sobre una cuestión técnica ajena al ámbito de conocimiento de esta Comisión, la norma aplicable vendría a ser la UNE-EU 1176-7 "Equipamiento de las áreas de juego y Superficies. Parte 7: Guía para la instalación, inspección, mantenimiento y utilización".

46. Tal y como se afirma por parte de ENAC, existen varias entidades acreditadas para la certificación del servicio de instalación, esto es, autorizadas para evaluar y declarar ese cumplimiento mediante el correspondiente proceso de auditoría en el que intervienen expertos técnicos y de acuerdo a los criterios establecidos y reconocidos internacionalmente por la UNE –EU 1176.

47. La propia empresa deduce que ese debe ser el certificado a acreditar por la empresa instaladora que resulte adjudicataria del contrato. Pese a ello, no aporta la correspondiente certificación.

48. En cualquier caso, existiendo dudas sobre la obligatoriedad de dicho certificado, al referirse el pliego a otra norma (certificado de producto CP -13-117 homologado por ENAC), lo que es meridiano es que no existen tales dudas sobre la exigibilidad del certificado de conformidad con la normativa UNE-EN 1176 y homologaciones TÜV EN 1176 de los juegos.

49. Enfrentada la empresa a la aportación de tales certificaciones correspondientes a los juegos a instalar en los parques, ha seguido en su actuación dos estrategias. Por un lado, ha presentado certificaciones y homologaciones de otros juegos distintos a los que debe instalar en los parques del municipio de Ermua y, de otro lado, ha sostenido que no le era posible la aportación porque no le han sido facilitadas dichas certificaciones por las empresas vendedoras hasta la compra de los juegos.

50. Las razones aducidas por la contratista para excusar el incumplimiento no pueden ser aceptadas. La primera debe ser rechazada ya que de la acreditación de unos juegos no se deriva la conformidad con la norma UNE-EN 1176 de otros juegos que no han sido certificados.

51. La Administración municipal, además, ha exigido la homologación, pero no la emitida por una determinada entidad de certificación, pudiendo ser cualquier laboratorio o institución reconocida dentro del ámbito de la Unión Europea, como TÜV (alemana), AFNOR (francesa), AENOR (española), etc.

52. La segunda está igualmente condenada al fracaso, al margen de la mayor o menor verosimilitud del motivo -—la negativa de los productores o distribuidores a facilitar las certificaciones hasta su efectiva compra—. Lo que está claro es que, si los juegos deben cumplir unas determinadas especificaciones técnicas, antes de adquirirlos ha de asegurase de ello y acudir a comprarlos a una empresa que le permita tener dicha certeza.

53. En el supuesto de que solo exista una empresa y esta se niegue, no es suficiente con una mera alegación, pues tendría que haber probado esa circunstancia impeditiva. En cualquier caso, y como último recurso, le hubiera restado la alternativa del artículo 128.2 LCSP, a fin de que se pudiera verificar por otros medios que los juegos cumplen las prescripciones técnicas exigidas.

54. También es preciso recordar que de acuerdo con el artículo 4.3 del Código Civil, los contratos no obligan a lo meramente pactado sino también a todo aquello que se deriva de la buena fe y de la naturaleza del contrato. El Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia núm. 19/2005, de 19 enero (RJ 2005, 518), dice al respecto que:

> [...] la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar queda obligado, no

sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; la buena fe no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 del Código Civil, que consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (Sentencias de 3 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 8906] y 9 de octubre de 1993 [RJ 1993, 8174] , citadas en la de 8 de junio de 1994 [RJ 1994, 4905]), (sentencia de 26 de octubre de 1995 [RJ 1995, 8349]). En parecidos términos las Sentencias de 25 de julio de 2000, 30 de junio de 2000, 12 de marzo de 1998, 22 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2564), 9 de octubre de 1993 (RJ 1993, 8174) y 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9476)».

55. En el presente caso, la actuación del ayuntamiento ha sido plenamente coherente y ha activado con diligencia sus prerrogativas contractuales, realizando una correcta labor de supervisión e impartido indicaciones sobre los juegos y sus características. Por el contrario, la empresa se ha limitado a dilatar el proceso, aportando numerosas certificaciones de otros juegos, lo que podría inducir a confusión de los técnicos municipales, pese a que estaba en su mano aportar los elementos precisos para lograr acreditar que los juegos cumplían la norma UNE-EN.

56. Ni tan siquiera en el procedimiento resolutivo ha pretendido el cumplimiento, aun tardío, de las especificaciones técnicas del suministro, insistiendo en la entrega de unos bienes que no reúnen las características y cualidades exigidas en el pliego de prescripciones técnicas que rigieron la contratación.

57. El hecho de que la Administración municipal haya adelantado su control sobre los productos objeto de suministro, en vez de hacerlo en el momento de la entrega y recepción, no ha perjudicado a la empresa sino que le ha favorecido, pues no ha comprado unos juegos cuya recepción tendría que haber sido rechazada, corriendo con unos gastos que no le iban a ser resarcidos.

58. En definitiva, ninguna de dichas alegaciones alcanza a desvirtuar los hechos expuestos en el acuerdo de iniciación del expediente de resolución del contrato porque la Comisión no tiene dudas de que la Administración debe ser exigente con las especificaciones técnicas que deben regir el suministro de los juegos y su instalación, pues está en riesgo la protección de la integridad de los menores que, además, hacen un uso intensivo de los parques infantiles.

59. Resulta, por tanto, incontestable que, del contenido de la documentación remitida, hay un incumplimiento contractual merecedor de ser considerado como un incumplimiento de la obligación esencial del contrato, que no es otra que la de suministrar los juegos sin que potencialmente se comprometa de forma grave y relevante la seguridad de los niños.

60. En relación al incumplimiento contractual en el caso de contratos de suministro, resulta muy expresiva la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo, sobre el producto objeto de adquisición, por ejemplo, la reciente Sentencia de 3 de octubre de 2018 (RJ 2018/4238):

> la doctrina «aliud pro alio», es aplicable a los contratos mercantiles de suministro [sentencias 22/2009, de 23 de enero (RJ 2009, 1270) y 35/2010, de 17 de febrero (RJ 2010, 1284)], en los casos en los que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de calidad de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato, pues en este supuesto no estamos en presencia de un vicio oculto en la cosa entregada, sino de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.
>
> Tal distinción puede determinarse «partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la pretensión diversa como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción del comprador. El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo supuesto se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento» (sentencias 1045/1993 de 5 noviembre (RJ 1993, 8615); 911/2005 de 15 noviembre (RJ 2005, 7629); 1149/2006 de 6 noviembre (RJ 2006, 6720)).

61. Creemos que puede racionalmente concluirse en la imposibilidad de que la Administración obtuviera con el contrato, una vez instada la subsanación de forma reiterada y estando su ejecución vencida, una prestación satisfactiva de los intereses generales que el ordenamiento jurídico le impone tutelar.

62. Por tanto, esta Comisión aprecia la concurrencia de causa de resolución contractual por incumplimiento de la obligación principal del contrato, opción que se muestra en consonancia con la mejor protección del interés público concurrente en el caso, debiéndose dictaminar, en consecuencia, favorablemente la propuesta de resolución.

63. Declarada la resolución por incumplimiento culpable del contratista, el contrato entrará en fase de liquidación, siendo aplicable el artículo 307 LCSP, según el cual dará lugar a la reciproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, lo que en este caso no es posible ya que ni ha existido entrega y recepción ni pago del precio.

64. Por otro lado, al ser imputable el incumplimiento al contratista, el artículo 213.3 LCSP dispone que le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

65. La incautación de la fianza será acordada en todo caso, mientras que la indemnización requerirá la tramitación de un procedimiento contradictorio, si bien la Comisión no excluye de antemano que en el expediente de fijación de la indemnización se acredite, atendidas las circunstancias concurrentes, que el daño producido sea nulo.

CONCLUSIÓN

Procede resolver el contrato administrativo que tiene por objeto el suministro y la instalación de nuevos juegos y elementos biosaludables para la renovación de los parques infantiles de Okinzuri, San Lorenzo y La Forja, adjudicado a la empresa Oziona Soluciones de Entretenimiento S.L.

Lo que certificamos en Vitoria-Gasteiz para su conocimiento y consideración, recordándole la obligación prevista en el artículo 30.2 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de comunicar a esta Comisión la disposición o resolución que finalmente se adopte, en la forma y plazo que se establecen en el artículo 34 del Reglamento de Organización y Funcionamiento (aprobado por Decreto 167/2006, de 12 de septiembre).

Firmado mediante certificado electrónico:

V° B°:

Jesús María Alonso Quilchano,
Secretario

Sabino Torre Díez,
Presidente